

夫婦財産制と非嫡出子の相続分

柴
田
敏
夫

- 一 はじめに
- 二 非嫡出子の法的地位
- 三 非嫡出子の相続分と夫婦財産制との関係
- 四 おわりに

一 はじめに

「非嫡出子」あるいは「娼外子」という言葉のもつ響きをどう感ずるであろうか。一男一女の結びつきが、法的承認を受けているものか否かによって、その間に誕生した「子」に大きな差異を生ずる。このような子の発生は、①私通関係・内縁関係・妾関係・無効婚姻係から生まれた場合、②妻が婚姻中に生んだ子であっても裁判所が判決でその嫡出性を否認した場合などである。非嫡出子は、単に身分法的问题にとどまらず、社会問題としても解決しがたい問題を提起している。⁽¹⁾とりわけ、法的にどう扱うかは、「家」制度を採用していた旧法下では大きな問題点の一つであった。本稿が問題としている「相続」に関しては、たとえば家督相続につき、嫡出子の姉妹よりも、認知された非嫡出男子、すなわち庶男子のほうが優先することもあった。⁽²⁾父系男系中心の家族構造の結果であろう。この点からすれば、男子の非嫡出子は、わが国ではわりあい優遇された一面を有していたといえよう。

昭和二〇年の敗戦を機に、男女の本質的平等、夫婦の平等、諸子の平等など、個人の尊厳と男女の本質的平等をうたった法規定も出現したが、それらの精神が具体的にどこまで実現されているかは甚だ疑わしい。その一つに、本題の非嫡出子の相続問題があげられよう。昭和二十三年一月一日施行の現行民法においても、非嫡出子の地位の向上は抜本的に改善されず、父の認知という一方的かつ恩惠的手段によらなければ、まず法的に父子関係は形成され確定しない。法的に形成、確定しなければ非嫡出子は相続人になれず、父が死亡しても相続財産をもらうことはできない。血縁的に父子関係が「確認」されても、法的に父子関係が「形成」されない限り、父の相続人にはなれないのである。⁽³⁾

このような父からの任意の認知なき場合には、認知の訴を提起して、裁判所の手で強制的に認知してもらうことも

可能である（裁判認知——七八七条本文）。ただし、父または母死亡の場合には、死亡の日から三年を経過していなければ、同様の訴を提起しうる。死亡の日から三年内に提訴しなければ、永久に父子関係を法的に形成することはできなくなる。三年の期間を逸した場合、生理上、事実上の父子関係は確認してもらえない。しかし、これをもって戸籍上の「父欄」の訂正、すなわち法律上の父を指定することはできない。⁽⁴⁾

第二に、その相 の問題である。運良く父子関係が法的に形成されたとしても、その相続分は、嫡出子の二分の一である。同じ父の血縁にありながら、なぜこのような差別が生じるのか。この裏には、大きく「家」制度、とりわけ旧態然とした夫婦財産制が絡んでいるようにうかがえる。夫婦財産の法的扱いが、非嫡出子の相続分にも影響しているのである。⁽⁵⁾ 非嫡出子をめぐっては、前述したように父との関係も問題であるが、このほうは別の機会に論じたく、今回は、第二の点、相続分の問題に焦点をあてて検討してみたい。

〔注〕

- (1) 非嫡出子の生存権については、母親の側の「生む権利・生まない権利」とも関連するが、いずれが優先するかは、一概に論じられない。が、非嫡出子の生存権といった問題は、彼（または彼女）の誕生前の優生手術、いわゆる墮胎処分の問題や、誕生後の生活保障の問題まで含まれる。後者の場合も、単なる生活保障にとどまらず、人間らしく生存するための社会保障等を含む「社会問題」をさすと考えてよい。

- (2) 旧九七〇条一項は、以下の内容である。

被相続人ノ家族タル直系卑族ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相続人トナル
一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

四 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ女ト雖モ嫡出子及ヒ庶子ヲ先ニス

五 前四号ニ掲ケタル事項ニ付相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

(3) 父子関係の確定にあたっては、私的自治の建前から、父の認知が優先する仕組みになっている。夫婦が法律婚の状態にあれば、その間に生まれた子については、法がその夫の子と推定して嫡出性を与えている（原則―七七二条）。この推定に疑問の余地ある場合に、父を定める訴（七七三条）、嫡出否認（七七四条）、認知（七七九条）、認知の訴（七八七条）等の方法で、その真実の父を確定することになっている。最終的に法律上の父を確定する手段は、最後にあげた「認知の訴」であろう。この訴は、民事訴訟上「形成の訴」と性格づけられ、この訴の認容により父子関係が法的に確定するのである。「確認の訴」では、事実上・生理上の父子関係の存否を確認したにすぎず、法律上の父子関係の存否を確認するものではないとされる。

(4) 昭和六一年九月二六日、浦和地裁川越支部判決。この事案は、原告（非嫡出子）が、父の死（昭和三年）の後、三七年経って父子関係の存否を「確認」された判決である。原告は、この判決に基づいて戸籍上空欄になっている父の名を記載してもらおうと、本籍地役所に申請した。ところが、戸籍事務当局は、この申請を受理しなかった。ここに民法七八七条但書に対する一般国民の解釈と、民事訴訟法上の「訴の性質」との懸隔が大きな問題として存在する。この事案において、結局、原告は、法（というよりは法行政）の厚い壁にはばまれ、事実上の父子関係の存在を国家により確認してもらったことで、いちおう願末に幕を引いたようである。この話を聞いて、わが国の戸籍行政の頑さを改めて思い知らされた。

(5) 夫婦財産制のなかで、とくに法定財産制が、圧倒的多数の夫婦によって採用されている結果、第七六二条の特有財産・共有財産の帰結によって、夫婦各自の財産がどうなるかが決まる。それは相続財産にも関係することになる。ゆえに、夫婦財産の帰属が、夫の財産に関係し、夫の死亡による相続問題に影響することになるのである。その際、非嫡出子といえども父の認知を受けるなどして、父子関係が法的に確定されていれば「父の子」であり相続人である。であるのに、なぜ嫡出子と比べて相続分に差別がみられるのか疑問である。つまるところ、夫婦財産関係に大きく起因しているといえよう。

二 非嫡出子の法的地位

わが国で庶子の相続分が嫡子の相続分の二分の一というのは、古く養老令にすでにみられる⁽¹⁾。ただし、この時代の「庶子」は、我々が日常用いている意味とは、異なる。すなわち、「庶子」は「諸子」なのである。嫡子以外の子という意味である。この中には、婚姻前あるいは婚姻外で生まれた子もいよう。その限りで、本テーマとなっているところと関係してくる。したがって、この意味で庶子を扱っていくこともあながち誤りではなからう。

唐律を範として撰定された大宝令は原本散逸のためその内容は定かでない。が、大宝令を修正したものともみられている養老令では、嫡庶異分主義を原則としている。前述した「庶子」の意味づけの上に立って考えるにしても、たとえば、兄弟（これを父とする）がその父（これを祖父とする）より先死している場合、その兄弟の子（祖父からすると孫）が兄弟の分を代位相続するが、この場合、兄弟が嫡子ならば嫡子分を、庶子ならば庶子分をそれぞれ承継し、兄弟に男子なき場合には、寡婦（兄弟の未亡人）が兄弟の嫡庶に従って夫の分を承継した⁽²⁾。この場合、遺産は、宅・家人・奴婢・財物の四種に限定し、前三者と財物の二分の一とは嫡子に、財物の残り二分の一が庶子に均分に承継された。兄弟が全員死亡している場合には、この考え方をおし進めていくと、前述したところと同様に、子は父の嫡庶に従ってその分を、男子なき場合は未亡人が同様に夫の嫡庶に従って相続分をそれぞれ承継すれば解決しうるのに、なにゆえ養老令では、規定中に、兄弟俱に亡き場合には、原則たる嫡庶異分主義を採らず、諸子均分主義を採ったのであろうか。⁽³⁾

この立法思想の変化の原因は何であったのか。養老令應分條は、大宝令應分條を修正して、嫡子分を減じ庶子分を増加させているという⁽⁴⁾。この立法思想の変化が、その後の相続分に、また国民の遺産承継思想に大きく影響、このでは

ないかと思われる。⁽⁵⁾

中世においては、その社会組織の単位として、従来の狭義の家族とは別の団体組織が発生し、発展した。すなわち血族団体で、俗に一族⁽⁶⁾、一門⁽⁷⁾、一流⁽⁸⁾、門族⁽⁹⁾あるいは門葉⁽¹⁰⁾などと呼ばれた「氏族団体」である。たとえば、平「家」のように、「・・家」というような名称も同義である。このような一族・一門等の首長の地位を「家督」⁽¹¹⁾あるいは「棟梁」⁽¹²⁾といい表わしていた。この「家督」は、一族・一門等の身内が代々分割知行していく所領（相伝所領）の総領であることを意味し、男子の中の一人を嫡子と定め、その者に総領を相伝させていった。中世の相続は、嫡子に遺産が最も多く相伝され、ついで孫の分、そして次男以下の男・女子は残りの遺産を諸子均分の方法で分配した。が、鎌倉時代の頃となると、「家督を継ぐ」とか「家督を相続する」という表現が文献にも見えてくる。⁽¹³⁾家産を嫡子一人が承継するという家督相続の原形は、この時代頃にできてきたものと思われる。嫡出子の中に嫡子になる者がいないときには、非嫡の子を「取立嫡子」にするようなことも行なわれていたので、嫡非の区別を重視する家族体制にはなっていないかったのではないか。しかも、一族が祖先から相伝の所領で生活を安堵されていくようになれば、非嫡の子でも多少の所領の分配はあったかも知れない。

下って江戸期に入ると、武家階級に適用された、いわゆる封建法の下では、正妻に男子なきとき、または嫡子死亡等の場合に限り、妾腹の子を、届出によって嫡子と定めることができた。ここでの庶子が、今日でいう「認知された非嫡出子」と同一に扱えるかどうかは定かでないが、形式的にみた場合、これら庶子も家督相続をなしうるという点では、かなり社会的地位は高かったといえる。妻妾ともに法的には配偶関係ありとすれば、妾腹の子も、単なる非嫡の子ではなく、正嫡の子と完全なる非嫡の子の中間に位置するものといっているのではないか。

この時代の家督相続は、家祿(家封)と家名とを世襲しうる家に限って許されていた。すなわち、万石以上の大名及び譜代もしくは準譜代である⁽¹⁴⁾。それ以外(たとえば、一代切御抱の者)は、たとえ実子があってもこれに相続させることはできなかった。徳川期は、ほぼ前述のような考え方を基本として、家督相続が行なわれたようである。封祿に関しては分知配当により嫡子以外の男子にも分配されることもあった。ともかく、現当主が生前に家嫡を定めず死亡すると、その家は封建法上断絶することになっていた。庶民の家々においては、このような場合、親族会を開いて被相続人の親族中より家督相続人を選定して、家督を相続しえた。死後養子が可能だったのである。

明治期に入ると、「非嫡出子」なる用語が初めて法制度上にあらわれた。明治六年の太政官布告においてであつた。⁽¹⁵⁾この布告で、非嫡出子は、「公生子」に対し「私生子」と称され、父の自由な意思によって法律上の父子関係が発生するものとされた。母系制社会においては、私生子すなわち非嫡出子の問題は生じないが、父系制社会になると、この非嫡出子は、公生子すなわち嫡出子と鋭い対立を示し、一男一女の結びつきが「法律婚」⁽¹⁶⁾の形式を強張すれば、それに応じて、社会からも非嫡出子に対する批判は強まってくる。

わが国では、「家」制度との関係で、非嫡出子は、かなり優遇されていたといえる。⁽¹⁷⁾それにひきかえ、ヨーロッパ諸国では、キリスト教的一夫一婦制の下で、非嫡出子を冷遇し、虐待の歴史を残した。⁽¹⁸⁾ルネサンス・産業革命を経験し、近代市民国家を最初に成立せしめたヨーロッパにおいて、非嫡出子の死亡率が高く、運よく誕生しても不遇な立場から犯罪に手を染めるなど、非嫡出子に対する対策に過誤をもたらしたことは、近代ヨーロッパ史の一大汚点ともいってよい。個人の尊重・人格の平等を提唱したフランスでも、一九世紀においてもまだ非嫡出子保護の手は差し伸べられていない。二〇世紀に入つてようやくウィマル憲法(一九一九年制定)一二一条で非嫡出子保護の条文を得、

その保護・扶助・教育などにつき、国家・社会はできる限り嫡出子と対等に扱うべきことを示した。が、この非嫡出子につき最も平等な扱いを徹底したのは一九二六年のソヴィエト法であるといえよう。他のヨーロッパ諸国も、ウィマル憲法の精神を受けて、その地位の改善を図ってきている。

ヨーロッパ諸国に比してやや優遇されていたやにみえるわが国の非嫡出子であるが、それでも多面で嫡出子と差別されていた。明治三年の新律綱領では、子は一等親、庶子は三等親と規定されていた。子・庶子とも公生子である⁽¹⁹⁾。

けだし妻妾が法律上配偶者として扱われていたからである。妻妾以外の者が生んだ子の扱いにつき、内務省何に対する太政官指令がある⁽²⁰⁾。この子は、父の認知を受けると「庶子」となり、父の戸籍に入ることができた（旧民法七三三条一項）。その結果、父の遺産を相続する権利を認められた。母の戸籍に入っている場合は、たとえ父から認知を受けていても父の相続人とはならない。非嫡出子は、父の認知を受け、父の戸籍に入ることによって、父を氏と同じくし、父方の祭祀をまつり、場合によっては家督あるいは遺産の相続をなしうるのである。家督相続については、明治民法（旧法）の九七〇条でその順位が定められているが、遺産相続については、嫡庶で、順位につき差別はなく、ただ相続分に差があった（旧九四四条・一〇〇四条）。この体制が昭和二〇年まで続いたのである。敗戦を機に民法も改正されたが、非嫡出子（認知ある）の相続分については明治民法下における扱いと実質的には変わらず、さらに今日まで依然として不平等な状態が継続している。

戦後まもなく設置された法制審議会では、身分法の改正作業も始まり、相続分に関しては、昭和五〇年八月一日付で「相続人・相続分・夫婦財産制・寄与分」に関する委員会の中間報告が出された。その中で非嫡出子の相続分をめぐって議論があったことの報告がなされている。しかも、昭和五四年七月の改正試案の段階では、嫡・非嫡出同権と

する旨の提案がなされていた。が、翌五五年の法案では改正が見送られてしまった。⁽²¹⁾

以上、非嫡出子の相続分に関連する歴史を、大まかに、しかも十分な系統だてもせずに述べてみた。家督・遺産（財産）相続の系統だても明確に区分せず触れている点も多くみられるが、この部分が本稿の本旨ではないので、その点、御寛容願いたい。

（注）

- (1) 黒板勝美「新訂増補『国史大系』令義解」九八頁（戸令應分條） 吉川弘文館 昭和五四年。
- (2) (1)の文献参照。
- (3) 前掲(1)の「令義解」では、「兄弟俱亡。則諸子均分（謂、假有。兄子一人。弟子十人者。惣爲十一分。各得一分也。）」
- (4) 大寶令應分條は、今日、散逸して伝わっていないと言われている。中田薫博士は、かつてそれを引用している種々の文献から、次のような復原をされている。
應分者、宅及家人奴婢並入嫡子（其奴婢等、嫡子隨狀分聽）、財物半分、一分庶子均分……。
これをみると、嫡母継母等には遺産は行かず、全財産の二分の一は嫡子に行くことになっている。ところが、養老令では、嫡母・嫡子各二分、庶子一分とされており、太寶令時代に比べると、嫡子の相続分は、単純に庶子の二倍と限定されてしまっている。
- (5) ただ注意すべきは、「庶子」という語の用法である。太寶・養老両令によれば、「嫡子」は継嗣令五位以上嫡子條ならび戸婚律立嫡違法條により選定された家督相続人をさすのであり、「庶子」とは妾腹その他の子という意味ではなく、嫡子以外のすべての男子という意味に用いられている。したがって、厳密には、本稿で扱う庶子・認知された非嫡出子とは部分的に意味・内容が異なる。黒板勝美「新訂増補『国史大系』律」一一三頁（養老令戸婚律・立嫡違法條） 吉川弘文館 昭和五四年。中田馨「法制史論集第一巻」五八頁 岩波書店 昭和四五年。
- (6) 国書刊行会編「吾妻鏡（第二）」巻一（二〇頁—治承四年九月—三日條） 名著刊行会 昭和四八年。同会編「同書（第二）」

卷二十三(一五一頁―承久三年五月十九日條)。

(7) 国書刊行会編「吾妻鏡(第二)」卷一(三二頁―治承四年十一月八日條)。

(8) 国書刊行会編「吾妻鏡(第二)」卷三(四一九頁―仁治三年四月十六日條)。同会編「同書(第二)」卷二(六頁―治承四年八月四日條)。

(9) 国書刊行会編「同書(第二)」卷三(九八頁―元暦元年十一月二十三日條)。

(10) 国書刊行会編「同書(第二)」卷一(二四頁―治承四年十月四日條)。同会編「同書」卷二(八〇頁―元暦元年三月十七日條)。

(11) 国書刊行会編「同書(第二)」卷三十(三三三頁―嘉禎二年七月二十四日條)。

(12) 国書刊行会編「同書(第二)」卷二(四三頁―治承五年閏二月二十三日條。この年の七月十四日に養和元年と改元される)。

(13) 国書刊行会編「同書(第二)」卷一(一六頁―治承四年八月二十六日條、『……是重頼於秩父家雖爲次男縁、相繼家督、依從彼黨等……』)、また「同書」卷十六(五二二頁―建仁二年正月二日條に、『……巫女給日、今年中、關東可有事、若君不可繼家督、……』)など。

(14) 司法省蔵版「徳川禁令考」第二帙五〇〇頁(吉川弘文館 昭和六年)。享保九甲辰年五月の「達」以前は、御譜代筋の者でなくとも、御譜代筋の役を仰せつけられた場合、その者の跡目相続を許していたが、その「達」以後はそれを禁じた。

(15) 明治六年一月一八日、太政官布告第二一号「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受クルヘキ事、但男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」。この後も、同年同月二八日、同年二月三日、八年十二月一七日等、私生子の法的取扱いについての県や内務省等からの伺いに對し、太政官指令が多数出されている。

(16) 民法が届出婚主義を採用する前は事実婚主義であった。その後、旧法(明治民法)の下では、法律婚主義を採用して戸籍への届出をその方式とした(旧七七五条)。しかし、立法者の予想を裏切り、届け出をしない者が多くなった。そのため臨時法制審議會は、事実婚主義をも採用したが、実態は従前と変わらないまま終戦を迎えた。昭和二年の改正作業は、再び法律婚主義に戻すことと進められた。

(17) なぜならば、ヨーロッパでは、非嫡出子を嫡出子化する方法・手段はなかったといわれている。それに対しわが国では、父からの「認知」があれば「庶子」となり、若干その法的地位は向上する。このような点からみれば、ヨーロッパ諸国の非嫡出子よりも優遇されていた一例ではないだろうか。

(18) 一九六九年から七二年頃にかけての法改正で非嫡出子自体の法的地位の向上に伴って、相続分などにも嫡出子と対等となるような配慮のなされた例もある。たとえばドイツでは、「事前清算」ともいえる方法で、嫡出子とほぼ同額の相続代償金の請求ができるようになった（一九三四条d、同条e）。但し、二二歳から二七歳未満の非嫡出子という年齢制限がある。

(19) 明治六年の太政官布告二二号では「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論ジ」と規定している。この規定からみると、妾の子は妻の子と同じく「公生」子とされ、父の認知不要ということになる。

(20) 前注(19)の「布告」参照。

(21) ジュリスト六九九号（一九七九年九月一日）四五頁の「二、非嫡出子の相続分」参照。

三 非嫡出子の相続分と夫婦財産制との関係

(一) 認知された非嫡出子の法定相続分について、先年、嫡出子の二分の一とされていることに違憲判断がなされたが、⁽¹⁾その結果のみを、そのまま受けとってよいであろうか。たしかに「一人の男性（夫または父）の財産を、嫡・非嫡という二種の法的身分の異なる子が承継することについて差がつけられているとの点からみれば、九〇〇条四号は違憲である。遺言のある場合を除いて、ある個人の財産を、その者の死亡に因り一定の範囲の者に継承させようとする制度が、法定相続制度である。この制度に基づいてその死者の財産を相続する場合、あくまでも個人の財産を相続するのである。一般には、父または母の死亡に因り、その子が第一順位の法定相続人として法定相続分を承継することになるが、ここの本テーマの根本原因が潜んでいるように思える。すなわち、夫婦財産の帰属はどのようなになっているかである。

わが民法は、七六二条で、夫または妻が婚姻前から有していた財産は当然のこと、婚姻後も自己の名で得た財

産は、自己所有の財産（特有財産）となるとする（二項）、旧法⁽²⁾と異なり、夫婦間の財産関係について個人所有化しようという方向へ歩み出したのである。その場合に、法規定を形式的に解釈していくのか、実質的に考えるのかの議論が生ずる。ただし、わが国の夫婦間の機能分担を考えると、今日でもその多くの家庭で、夫が外で収入を得、妻が家庭にあって家事労働に従事するという役割分担がなされている。このような背景で七六二条一項を形式的に解釈するならば、夫が勤務先等から得る収入は、すべて夫の特有財産に帰してしまふ。多くの家庭で、妻が家庭経済を左右するほどの自分名義の収入を得ていないことから、妻の特有財産も、婚姻前から有する財産はいざ知らず、婚姻後取得する特有財産などほとんどに等しい。ことに専業主婦の場合はそうであろう。そこで就職している女性は、結果的に自分で自由にできる財産、それが、まさに自分のために使用する財産であろうと生活費の一部に入れる財産であろうと、その種の財産を、分担すべき婚姻費用と考えることにより、夫婦財産の実質的共有化をもたらしていると解釈しうる。

七六二条一項の形式的解釈論では、戦後の民法改正が意図した個人主義思想の実現には、夫婦財産に関する限り程遠いものになってしまう。そうであれば、現段階では実質的解釈をし、夫および妻の財産帰属関係を決定するのが妥当と思う。

わが国の夫婦財産制をめぐるのは、昭和五〇年八月一日付で、法務省から、法制審議会民法部会身分法小委員会の「中間報告」が出され、その中で、「第二 夫婦財産制」⁽³⁾についての報告がみられる。明治民法下での夫婦財産制を改め、夫婦財産関係も各自が所有する個人財産化を進めようと図ったが、結局、妥協案の形で現七六二条が規定されたようである。⁽⁴⁾これが、今日のさまざまな問題を生起させている基になったのである。個人財産（

特有財産）なのか共有財産なのか、どちらとも運用しうる曖昧な規定の仕方をしていることに問題がある。条文数ももう少し多く割りあてて詳細に規定すべきだったろう。前出の「中間報告」も、どのくらいの条文数になるのか不明であり、法条化の段階で現在より細かく規定し、さらに詳細な規定を要するのであれば規則を別途定めてもよいのではないか。

(二) 現行法の下では、夫婦の財産関係は、契約財産制と法定財産制の二種があるが、ほとんどの夫婦が後者に依存している。戦後五〇年余を経て、この夫婦財産関係につき、私的自治を一つの法的支柱とする市民生活において、わが国の夫婦がどれほど契約財産制に依り自分たちの財産関係を規律しているかといえ、ほんの僅かではない。⁽⁵⁾夫婦の財産帰属関係については、各夫婦でそれぞれ異なり、また地域や経済・社会階層等の諸条件によって異なるろう。これを、等しく同じ制度の下に一本化しようとするところに無理がある。しかし、他方で、法制度に基づいてマニュアル的に進めていけば法的保護を受けられるスタイルを好む人々も多い。自分であれこれ知恵をしぼって夫婦財産の帰属関係を定めていくなど、手間のかかることを敬遠する向きも多い。「お上」に永年にわたり支配統治されてきて、それに従っていけば一応の保護は与えられるという体質・国民性が身についてしまった結果であろう。よって、諸外国で採用されているからといって多数の選択的方法を導入してみても、よほど行政担当者や心ある法律家などが啓蒙しない限り、自ら思案して、自分たちにとってより良い夫婦財産制を選択するのはむずかしいと思う。

法定財産制を廃して契約財産制一本にしてしまえば事は簡単であろうが、それを利用しなかった夫婦が出現した場合にどうするのかを法は考えておかねばならないので、法定財産制を廃止することはできない。とすれば、

法定財産制では、夫婦間の財産関係を、より当事者の意思を尊重しうる内容のものにしておくことが肝要である。たしかに、現行法は、当事者の意思を推測しうる余地を残していると考えられるが、それは規定内容が抽象的であるからこそ縦横無尽の解釈可能な道を残しただけで、これが逆に夫婦財産関係を不分明なものにしているといえる。個人の意思を尊重して夫婦財産契約を締結させようとして制度を作定している諸外国では、どうであろうか。スイスでは全夫婦の二〇～三〇％程度、ドイツ旧法下では一〇％程度、フランスでは全婚姻数の二五％程度といわれる。わが国では前述したとおりである。当事者の意思尊重も早晚画餅に帰する結果になるであろう。

夫婦財産関係が、現行法の下で形式的に判断すべきか実情に応じて判断すべきか全く明らかにされていないところでは、非嫡出子の相続分に関する九〇〇条四号が違憲か否かの判断はむずかしい。あえてそれを行えば不条理を犯すことになる。

いずれにしても、父母の相続においては、「夫婦の財産」を相続するのではなく、「父」または「母」の財産を相続するのである。すなわち、相続が最終的には個人財産のそれであれば、夫婦の財産関係も個人有化されていなければならない、この部分が不鮮明であるからこそ、非嫡出子の相続分を二分の一にすることが法律問題となるのである。現行九〇〇条四号は、その前提となる夫婦財産について、「家産」的意識を残したまま立法化されたのではないかと思われる。旧い話になるが、昭和二年八月二三日の臨時法制調査会総会（第二回）において、村岡花子委員の「夫婦財産を共有関係にしてはどうか」との質問趣旨に対し、中川（善）起算委員が、サラリーマン家庭と自営業家庭とは異なり、後者の場合、収入・借金など債権債務関係が縦横に出てくるような場合について、それらの法律関係を整理してからでないか（共有関係の）実現は困難との趣旨の答弁をしている。⁽⁶⁾それ

らもすべて含めて画一的に夫婦財産関係を処理しうる規定は作定できないであろう。そこで、そのような相違点の存在は承知しながらも、未法人の自営業者と給与所得者の二種に大別し、それに対応しうるような法律制度は作れないものか。そして、その二種の区分間の所得税などの公的負担につき差別のないような扱いをすれば、夫婦間の不平等という意見は出にくくなる。また、妻の家事労働について、現行民法の起草者たちは、依然としてそれを無償と考えていたのであろうか。

(三) わが民法は、夫婦財産の帰属について別産制を原則とし、共有制をその補助的制度として位置づけているが、この原則をあくまでも堅持していくのが個人意思自治の原則に適用ものである。法定財産制に依るにしても、できる限り別産制・特有財産化をすすめるべきであろうが、わが国の夫婦財産の歴史をみると、その体制に即応しきれない側面・要素が多くみられる。家族関係意識は、法律の条文や制度を変えたからといって、財産取引関係のように心理的変容を国民個々に強いることは至難の業である。それを財産取引法理によって律しようとするところに無理がある。よって親族法・相続法は、それぞれ民法から独立させ特別法化すべきであろうが、現実にはその実現は困難である。とすれば、現行七六二条等の規定を改正し条文数を増やして、別産・共有いずれでもよいからキチツとした制度にすべきである。現在の法制度では運用の妙は見せてもらえぬであろうが、今日、問題とされている点の根本的解決にはならない。

思うに、前述した未法人の自営業とサラリーマンとの二種に大別し、それぞれの夫婦財産の所有形態を定め、両者間の均衡をはかるよう工夫すべきである。それに対してよほど不均衡でない限り法定財産に関する規定・制度に従い、後日、不都合な部分の規定・制度を順次改正する方法をとり、よりよい制度に仕上げていけばよい。

立法論となってしまうが、現行法も、規定自体が抽象的であることから、具体的紛争解決のためには解釈の方法をとらざるを得ないが、柱となるべき具体的基準のないことからその解釈も変転しやすい。具体的妥当性を目ざしたといえはそのとおりであろうが、その適用の幅が広すぎては御都合主義的解釈がなされていると評されても仕方がない。したがって、財産の種類や金額などの面から一定の基準を示し、その種に属する物あるいは一定額以上の物については、それを二分するような方法はとれないものである⁽⁷⁾か。社会が複雑化・技術化していけばいくほど法規定は抽象化するかあるいはより細分化・具体化するか、いずれかの方法しかないのではないか。前者であれば規定の数は少なくて済むであろうが解釈の多様化を招きやすいし、後者の方法をとれば規定内容が細かくなり手順が面倒になるという欠点がある。要は、国民としていずれを選択するかであろう。

いずれにしても、これは立法論であるから、今日問題となっている非嫡出子の相続分についての直接の解釈基準とはなしない。しかし、そのような意識で現行規定を解釈していくことは可能であるし、否、そのように解釈すべきである。当該夫婦間の財産の実質的な帰属関係が不明であるなら、七六二条二項を用いて共有化し、持分比率が不明ならば二分化するという、きわめて単純な考え方で特有財産化し、嫡出子・非嫡出子の相続分の平等化をはかればよいのではないか（かなり樂觀的である）。その場合、妻の家事労働分などをどう評価するかが大きな問題である。各夫婦によって家事労働の程度が異なるであろう。したがって、原則的に二分化して、具体的には家事労働の程度・寄与度を考慮して妻への帰属分を決定すればよいと考える。きわめて観念的であるが、具体的かつ正確に評価しにくいものであるから、ある程度の具体的較差の生ずることは、合理的な範囲内と考えられる場合は止むを得ないであろう。それゆえに、双方とも了承・納得しうる率や額がベストであるが、不満の

ある場合には、家庭裁判所等での解決となる⁽⁸⁾。将来の問題としては、家庭裁判所の事件数が増えてしまうというのであれば、別に権限を付与された公的機関を設けることも考えてよいであろう。夫婦財産の帰属をめぐっては、平等説ないし平等推定説の立場で考えていくのが妥当と思う。

実務においては、昭和三六年に、最高裁判所は、所得税課税に関する所得計算の件につき、財産分与請求、相続、扶養請求など他の制度を規定しているので、実質的に夫婦間の財産の平等性は確保されていると判断している⁽⁹⁾。しかし制度的・形式的な保障がなされていないければ、いつでもその保障は否定されうる。したがって、その保障が確立されているとはいえない。この最高裁判決の前提には、確実・明確な妻の特有財産を除いてそれ以外の財産は夫の財産とされ、そこから財産を分与されたり相続財産として承継されたりしていくことを容認する考え方が横たわっている。扶養請求にしても、これは婚姻費用の実質的分担からいって当然のことであって、妻の財産的地位の平等化の理由にするのは妥当でない。財産分与についても恩恵的要素が強く、これも妻の持分等がそこに制度化され示されていないからであるし、家産は男性（夫）所有という潜在意識がありありと見られる。思うに、原則として、夫名義の収入の二分の一を妻の持分とし、離婚・夫の死亡の時は、まず妻自身の持分を夫名義の財産から控除し、その残余の財産が夫の特有財産となり、それから財産分与あるいは相続が行なわれると考えるのが順当ではないか。したがって、現行法でいけば、夫名義の財産のうち特有財産を控除したものを二分し、それを妻のものとし、残余の部分を、たとえば九〇〇条の規定に従って相続することになる。この場合、子の相続分は全体の四分の一となるが、夫（父）の財産を子が相続するのであるから、そこには嫡・非嫡の区分は不要となる。

いずれにしても、非嫡出子の相続分をめぐる問題は、夫婦財産の帰属問題が解決されれば済む問題であるから、不毛ともいえる論議を続けず早く妥協点を見出し、夫婦双方の法的平等を実現できるよう図るべきである。今日でも解釈で十分に七六二条を活かすことができるので、裁判所の審判例・決定・判決等を積み重ねながら平等化へと進むべきである。早期にその趣旨を採り入れた立法がなされればそれに越したことはないが、多くは望めない。ので、訴訟を通じて働きかけ立法化を促進するのが早道ではなからうか。

(注)

- (1) 違憲判断—東京高決平成五・六・二三(判時一四六五・五五)、東京高決平成六・一一・三〇(判時一五一二・三)など。合憲判断—最大決平成七・七・五(判時一五四〇・三)
- (2) 旧法(明治民法)八〇七条を参照。なお旧民法(明治三三年法)財産取得編四三五条を参照。なお、財産管理権については四二五条を参照のこと。
- (3) ジュリスト五九五号八三頁以下(一九七五年)
- (4) 我妻栄編「戦後における民法改正の経過」二二八・三四・六二の各頁参照(昭和三二年)。
- (5) 佐藤良雄「夫婦財産契約編」一三頁(千倉書房 昭和五九年)。ここでは、戦前(明治三一～昭和二〇年)に全国で三六八件、戦後(昭和二年～昭和五四年)に六九件の登記がなされているとの調査結果が報告されている。八〇年間で四三七件(年平均五件ほど)であるから、きわめて利用度が低いといえる。
- (6) 我妻編「前掲書」二五五頁上段～下段、二五七頁下段をそれぞれ参照。
- (7) 永谷典雄「清算的財産分与における清算割合の認定」(家裁月報四八巻三号 平成八年)一五頁以下。この論文では、夫婦の収入形態を、①共稼ぎ型、②家業協力型、③専業主婦型、④その他の四種に分け、各家裁の審判例中、どのような分率で夫婦財産の

清算がなされているかを検討している。①③④の三型態においては寄与度五〇%以上を認定している例が半数を超えるが、②については、五〇%を超えるものは八例中三例しかなかったという。

- (8) 前注(7)の永谷論文を参照。平成五年当時、下級裁判所（高裁以下）の半数は二分の一に反対する見解であるとの記述がみられる（財産分与に關して）。

- (9) 最大判昭和三六・九・六民集一五・八・二〇四七参照。

四 おわりに

非嫡出子という法的地位・身分が違憲か否かは不問にしてその相続分格差の是否を検討してみたが、内容的にも論証の面でも不十分で、とても論文とはいえない拙文になってしまった。いづれにしても、本テーマは、夫婦間の人格的平等のみならず財産的地位の平等も実現しなければ解決できないものである。本論でも触れたが、最高裁は、他の制度（財産分与・相続・扶養請求など）で実質的に平等を図れるようになってから、夫婦間の財産的平等は一応確保されているという（昭和三六年判決）。しかし、夫婦間にとどめての議論ならばそれでもよい。各夫婦に帰属した財産は、やがてその子孫に承継されていくことを考えねばならない。すなわち相続問題が起きてくるわけで、財産分与請求権が、たとえば妻に保障されているからといって、一身専属性を有する権利がそのまま子々孫々まで承継され行使しうるわけではない。承継されるには具体的財産権化が必要である。行使した者としてない者とは大きな差が出てくることは必定である。近代市民社会がいかに意思本位、個人本位であるからといって、過去にこのような経験のない行使者に権利行使の可否を判断させるのであれば、実質的利益の確保は著しく困難である。したがって、従来、社会

的経済的弱者を特別法で保護・救済してきたように、夫婦財産の分割・帰属に関して、相対的弱者たる妻の経済的地位確保のために、法はその地位を強力に保障すべきである。その一つの方法・手段として「平等論」・「二分の一論」を述べてきたのである。たしかに、詳細な部分まで検討し帰属額や分率を決定しようとするれば議論は收拾がつかず、妥協案を見い出すことはできなくなる。そこで、二分の一を原則とし、各夫婦の実情に応じてその増減を図ればよいのではないか。

東京高裁の両決定にしても、請求原因に拘束されることは理解できるが、その理由づけの中で相続分が夫婦財産の帰属と関係していることは触れているが、その程度はほんのわずかなものであって、立法府に是正を要するところまではいっていない。もっと強張してもよかったと思うが、あまり強く主張すると違憲判断ができなくなるので敢えて多くは触れなかったであろう。ともかく夫婦財産の帰属は、相続も含めてさまざまな影響を家族構成員に与えるので、明確かつ妥当な判定基準を設けて決定できるよう考えることが望まれる。過去に、先賢の士による提案がなされているので、これからはそれらの中でよりよい妥当なものを選択し法制化しよう努力すべきである。基本的原則を定め、その他の点は具体的事情を考慮して勘案すれば運用上それほど不都合はないと考える。

(最後に、このような拙ないものを追悼号に寄稿することは、亡き石川利夫先生の多大な学恩に對し礼を失するところであるが、あえて恥をしのんで掲載していただくことにした。白鷗大学の先生・職員の方々に篤く謝意を表するものである。)(以上)